

COVID-19: IL PRIMO TASSELLO PER UN (NON DESIDERABILE) “EFFETTO DOMINO” SANITARIO?

COVID-19: THE FIRST STEP FOR A (UNDESIRABLE) “DOMINO EFFECT” ON THE HEALTHCARE SYSTEM?

Luca Oliveri ⁱ

RIASSUNTO: Lo scritto si sofferma sull'emergenza globale che il diffondersi del virus ha causato, analizzando gli effetti che essa potrebbe avere sul sistema sanitario nazionale, a partire dall'insistito richiamo alla solidarietà sociale. In questa ottica, si è cercato di dimostrare come le peculiarità del caso concreto rendano necessaria una valutazione dell'effettivo contenuto delle prestazioni contrattuali tra paziente e struttura sanitaria differente rispetto ai tempi ordinari. Il giudice sembra essere il soggetto posto nelle condizioni migliori per poter apprezzare tali particolarità, senza che si debba procedere all'emanazione di norme emergenziali al fine di disciplinare le conseguenze della crisi sanitaria. Un intervento legislativo, invece, pare essere necessario qualora si faccia riferimento al principio di solidarietà sociale, non attuabile direttamente in via interpretativa.

Parole chiavi: COVID-19; responsabilità civile; struttura sanitaria; contratto di ospitalità; solidarietà sociale; legislazione d'emergenza; poteri del giudice.

ABSTRACT: The paper focuses on the global emergency that the spread of the virus has caused and analyzes the effects that it could have on the national healthcare system, in particular considering the continuous call for social solidarity. With this in mind, an attempt has been made to demonstrate how the peculiarities of the specific case make it necessary to assess – in a different way from ordinary times – the actual content of the contractual services between the patient and the medical facility. The judge seems to be the best figure able to appreciate these particularities, without having to proceed with the issue of emergency rules in order to regulate the consequences of the health crisis. A legislative intervention, however, seems to be necessary if reference is made to the aforementioned factor of social solidarity, which cannot be reached by interpretation.

Keywords: COVID-19; civil liability; medical facility; healthcare contract; social solidarity; emergency legislation; powers of courts.

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Lo scoppio dell'emergenza sanitaria. 3. La legislazione italiana. 4. La posizione della struttura sanitaria durante l'emergenza. 5. Conclusioni. Bibliografia. Sitografia.

1. INTRODUZIONE

‘Comparer’ c’est essentiellement mettre en rapport: ce qui présuppose certains points de vue dirigeants. La tâche de la comparaison est plutôt celle de découvrir certaines analogies et différences, c’est-à-dire correspond[an]ce ou

ⁱ Dottorando di ricerca in diritto privato. Università degli studi di Genova. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2416-3977>

opposition dans la solution de maints problème pratiques de coexistences sociale, qui ont été aperçus parallèlement sous la pouss[é]e de besoins et de situations comparables entre eux.¹

Emilio Betti, nel corso di diritto comparato tenuto all'Università del Cairo tra il novembre del 1957 e il gennaio del 1958 (corso che, purtroppo, è ingiustamente non poi così conosciuto), avvia le sue riflessioni soffermandosi sul metodo comparativo e sui vantaggi che esso può portare alla conoscenza del giurista², al suo modo di analizzare i problemi pratici – anche «de coexistence sociale» – che vengono sottoposti alla sua attenzione e alle concrete soluzioni fornite.

La riflessione iniziale è arricchita da quanto riportato nell'Appendice del corso stesso, ove si può leggere che «*deux sources se manifestent avec une force inégale selon les temps et les lieux: elle sont, l'une, la législation, l'autre l'intégration et l'interprétation officielle par la jurisprudence*»³. I “rapporti di forza” di queste due fonti, la maggiore presa di una sull'altra, si configurano in maniera differente «dans le diverses sociétés»⁴ e, negli ordinamenti dell'Europa continentale che siamo soliti definire di *civil law*, si può notare che «les lois édictées par un pouvoir législatif doué d'une compétence normative à cet effet formulent à l'avance des règles générales et abstraites, destinées à gouverner tous le faits et situation à venir»: le leggi, quindi, sono caratterizzate da un grado di astrattezza tale da consentir loro di potersi adattare – grazie all'intrinseca elasticità che deriva dalla modalità formulativa testè riportata – ad un numero di situazioni non aprioristicamente definibile e – oltre a ciò – consente alle due fonti sopra menzionate di configurare in maniera differente nel tempo, per l'appunto, il proprio stato interrelazionale⁵.

A questo punto – e prima di procedere a chiarire la ragione di questo *incipit*, aggiungo un altro elemento introduttivo: mi riferisco, cioè, alla ormai pacifica definizione (così pacifica da far apparire il rilievo quasi banale) dei termini in cui deve essere intesa la comparazione giuridica.

¹ BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*, Milano: Giuffrè, 1958, p. 5.

² Per Betti, infatti, «il diritto può essere considerato per se stesso come una metodologia della conoscenza della realtà sociale, come una categoria ermeneutica per sé stante», in quanto consiste «anche nella rilevazione, nel riconoscimento, nella semantizzazione delle strutture dello agire sociale»: così FROSINI, Vittorio. Emilio Betti e la teoria generale del diritto, *Rass. dir. civ.*, Napoli, n. 2/1990, p. 265-266. Sul punto, si veda anche il recente contributo di GRONDONA, Mauro. Emilio Betti e la comparazione giuridica: premesse per una discussione. In: BANFI, Antonio; BRUTTI, Massimo; STOLFI, Emanuele (a cura di). *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, Roma: RomaTre-Press, 2020, p. 256-257: «è indispensabile ribadire che l'espressione 'comparazione giuridica' deve essere qui intesa in un senso assai lato, dunque metodo, appunto, o meglio ancora, *traiettoria metodologica e prospettiva di approccio al diritto* [...], e non già quale sinonimo [...] di diritto comparato, in senso stretto, dunque conoscenza [...] di un diritto positivo vigente da parte di un giurista appartenente ad un ordinamento diverso» (corsivo agg.).

³ BETTI, Emilio. *Cours*, cit., p. 193 (corsivo orig.).

⁴ *Ibidem*.

⁵ Un aspetto già ben presente, ad esempio, in CIMBALI, Enrico. *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1885, p. 21-22: «Avviene anzi più; che, mal potendo il provvidente legislatore per la natura invincibile delle cose, seguire, nelle loro forme indefinitamente varie di manifestazione, lo svolgersi e l'incessante alternarsi dei bisogni e delle relazioni sociali, lasci una parte supplementare, nel compimento dell'ufficio legislativo, anche al magistrato, il quale, mentre si studia di attingere le norme regolatrici dei nuovi fatti occorrenti dalle leggi esistenti, posto nella necessità di stabilire un nesso di reciprocità tra queste e quelli, crea, senza punto averne l'apparenza e la pretesione, una serie di norme regolatrici nuove che servono continuamente a mutare lo stato attuale della legislazione».

A tal riguardo, basta richiamare il seguente passaggio della monumentale opera di Konrad Zweigert e Hein Kötz:

Bisogna anzitutto tener conto che qualsiasi ricerca nell'ambito della storia del diritto si rivela un operare con metodo comparatistico: lo storico del diritto, nel momento in cui si interessa ad un dato sistema di diritto storico [...] effettua le sue valutazioni inevitabilmente influenzato da quei modi di pensare propri del sistema di diritto moderno cui appartiene: ne segue che anch'egli effettua una comparazione, almeno inconsciamente. Tuttavia, ciò avviene ancor più frequentemente a livello cosciente [...]⁶.

Comparazione diacronica, dunque. Questo tipo di comparazione tenta di capire come il diritto abbia risposto a quelle già citate esigenze sociali in epoche diverse dalla nostra e con mezzi giuridici diversi dai nostri (e financo in ordinamenti giuridici assai diversi, alludendo con ciò alla diversa matrice politica e ideologica), ma in presenza di problemi simili o – per lo meno – analoghi, e come tali raffrontabili.

Alla luce di questa premessa, penso si possa meglio intendere quali siano i due peculiari aspetti che la presente analisi si prefigge di lumeggiare, e cioè l'opportunità di effettuare una comparazione diacronica valorizzando i risultati da essa offerti e, in secondo luogo, un'attenta analisi delle norme a disposizione del giurista odierno, in relazione alla loro adattabilità a situazioni non prevedibili al momento della loro emanazione (il riferimento, ovviamente, è all'attuale situazione sanitaria emergenziale).

Il termine di comparazione diacronico è costituito, quasi in uno sfortunato anniversario, dalla peggiore pandemia dei tempi passati: l'influenza c.d. spagnola. Essa – poco più di cent'anni fa – cagionò, in un lasso di tempo tutto sommato ristretto, una perdita di vite umane che difficilmente trova eguali. È fisiologico, pertanto, guardare ai tempi passati per paragonarli ai nostri. Ma, contrariamente a quanto si potrebbe pensare in seguito alla lettura delle scarse premesse appena enunciate, il paragone con i tempi passati è da effettuare *cum grano salis*. Infatti, vari sono gli elementi di fatto che depongono a favore di una più attenta distinzione (e, dunque, l'impossibilità di ipotizzare una assoluta sovrapposizione tra due situazioni che, invece, sovrapponibili non sono), e proprio questi stessi fattori finiscono, allo stesso tempo, per contribuire ad una migliore e più approfondita comprensione della realtà attuale, così da evitare che anche il giurista possa subire la fascinosa tentazione di approdare a soluzioni interpretative che potremmo definire fin d'ora non particolarmente appropriate, in quanto basate su elementi che finirebbero col discostarsi in maniera eccessivamente repentina da uno sviluppo ermeneutico che, di contro, dovrebbe essere maggiormente "continuista" dal punto di vista temporale⁷.

⁶ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 1: Grundlagen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1984. La citazione è tratta dalla traduzione italiana ad opera di Barbara Pozzo e curata da Adolfo di Majo e Antonio Gambaro: *Introduzione al diritto comparato. Volume 1: Principi fondamentali*, Milano: Giuffrè, 1992, p. 10.

⁷ Illuminanti le parole di ASCARELLI, Tullio. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano: Giuffrè, 1952, p. 192-193: «Interpretando e applicando la norma, il giurista contribuisce pure al suo adattamento e al suo sviluppo, salvaguardandone tuttavia la continuità, e armonizzando le nuove soluzioni col sistema prestabilito. La tecnica dell'interpretazione mira appunto a garantire questa continuità e questa armonizzazione, rendendo possibile l'applicazione e l'adattamento del sistema, ma assicurando allo stesso

Un primo elemento di fatto riguarda il dato dei contagi e della mortalità, e i provvedimenti adottati delle Autorità civili volti al contenimento della diffusione del morbo. L'influenza spagnola infettò oltre 500 milioni di persone, causandone la morte di oltre 50 milioni⁸; il tutto, con una popolazione mondiale all'incirca di 2 miliardi di persone⁹. Oggigiorno, con una popolazione mondiale quasi quadruplicata, i contagi hanno riguardato una popolazione di quasi 8 milioni di persone, con circa 600.000 decessi. Certo, il contenimento dei contagi è stato possibile – per quanto riguarda l'Italia, ma non solo – da incisive e tempestive misure di confinamento, misure che, cent'anni or sono, l'art. 125 del Regio Decreto n. 636 del 1 agosto 1907 (c.d. Testo Unico delle leggi sanitarie) non avrebbe consentito di adottare così efficacemente¹⁰. Un atteggiamento positivo del Governo, dunque, che ha arrecato indubbi vantaggi, ma che deve essere utilizzato con attenzione, senza cadere preda dell'emotività, e ciò perché, in caso contrario, si finirebbe col perdere quella giusta e doverosa esigenza di ponderazione tra esigenze di natura differente (specificamente, l'esigenza di tutela da un lato della salute e, dall'altro, di differenti diritti costituzionalmente protetti)¹¹.

Un ulteriore elemento di fatto – che si collega strettamente con quanto detto poco sopra – è costituito dalla diversa sensibilità nei confronti del valore “persona” che contraddistingue positivamente i tempi attuali rispetto a quelli passati¹². Questa nuova rilevanza è alla base degli interventi appena citati, interventi volti a tutelare la salute quale diritto “fondamentale” dei soggetti (cittadini e non) e, pertanto, idonei a conculcare – per il solo momento emergenziale – le altre libertà e gli altri diritti (questa volta “inviolabili”, ma non “fondamentali”) ¹³, anche

tempo l'osservanza rigorosa di quella continuità e legalità che sono alla base della certezza giuridica e la garanzia della libertà individuale» (corsivo agg.).

⁸ Si veda TAUBENBERGER, Jeffery; MORENS, David. 1918 Influenza: the Mother of All Pandemics (https://wwwnc.cdc.gov/eid/article/12/1/05-0979_article) e la dottrina scientifica *ivi* cit. Per una stima più contenuta si veda SPREEUWENBERG, Peter; KRONEMAN, Madelon; PAGET, John. Reassessing the Global Mortality Burden of the 1918 Influenza Pandemic (<https://academic.oup.com/aje/article/187/12/2561/5092383>).

⁹ Cfr. la tavola 1 “How many peoples have ever lived?” (<https://www.prb.org/howmanypeoplehaveeverlivedonearth/>).

¹⁰ L'articolo in questione, infatti, dispone che «ove la gravità del caso lo esiga, il prefetto, sulle proposte del medico provinciale, potrà di urgenza istituire Commissioni locali [...] ed ordinare tutti quei provvedimenti che stimasse opportuni per [...] evitare la diffusione della malattia, informando sollecitamente il ministro dell'interno». Come è facilmente riscontrabile, la caratteristica di tali provvedimenti è la forte limitazione territoriale, con un conseguente rischio di assistere all'adozione di misure assai diverse tra loro e, quindi, in definitiva, una negativa ripercussione sulla possibilità di contenere il contagio.

¹¹ «Cartabia prospetta invece un metodo di interpretazione costituzionale: le emergenze non possono non rilevare quali elementi di particolare nelle operazioni di bilanciamento, ma non devono inibirlo, schiacciando su un solo polo la necessità di composizione proporzionata tra diritti e interessi della collettività»: così BURATTI, Andrea. Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte, *diritticomparati.it*, 1 maggio 2020 (<https://www.diritticomparati.it/quale-bilanciamento-tra-i-diritti-nellemergenza-sanitaria-due-recentissime-posizioni-di-marta-cartabia-e-giuseppe-conte/>).

¹² PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 433: «Nel personalismo s'incontrano le ideologie che, dopo la seconda guerra mondiale, trovano un compromesso politico nei principi fondamentali delle nuove democrazie occidentali e, in parte, di quelle orientali». Infatti, «compito del giurista, e specialmente del civilista, è di “rileggere” l'intero sistema del codice e delle leggi speciali alla luce dei principi costituzionali e comunitari, sí da individuare un nuovo assetto scientifico che non freni l'applicazione del diritto e sia maggiormente aderente alle scelte di fondo della società contemporanea» (*ivi*, p. 129).

¹³ Cfr., sul punto, la ricostruzione dell'opinione del Presidente del Consiglio dei Ministri, Giuseppe Conte, operata da BURATTI, Andrea. Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? cit.: «Ad ulteriore

costituzionalmente protetti. Ma, anche in questo campo, si deve prestare attenzione a non cadere (ma potremmo dire, più correttamente, *scadere*) in facili entusiasmi che tendono ad inebriare l'interprete e, di conseguenza, ad assolutizzare un solo diritto e dotarlo di una solidaristica *vis expansiva* che, proprio per la indiscriminatezza della sua applicazione (per ora, fortunatamente, solo auspicata), finirebbe col rivelarsi assai controproducente e forse animata, più che da vero solidarismo, da assistenzialismo prettamente demagogico. La comparazione diacronica, perciò, deve far riflettere su come si possa agire (e si sia effettivamente agito) in maniera migliore rispetto al passato, ma non deve condurre fino al punto di attribuire alle pur presenti (e non trascurabili) differenze assiologiche una rilevanza tale da renderle il mezzo con cui scardinare l'attuale sistema, specie nei casi in cui la concreta circostanza di fatto non lo giustifichino (e, di qui, l'importanza del confronto statistico sopra effettuato).

Il secondo aspetto di questa analisi che mi preme mettere in risalto riguarda la capacità delle norme di cui il giurista già dispone di disciplinare, come detto, situazioni non previste al momento della loro emanazione. L'obiettivo si riconnette strettamente – e, infatti, tra i due punti non si potrebbe distinguere con assoluta chiarezza una precisa linea di demarcazione – con quanto detto poc'anzi circa la rilevanza della nuova sensibilità che permea l'ordinamento a seguito dell'entrata in vigore della Carta costituzionale nel 1948 e dei valori in essa contenuti. In tale frangente – lo si è già notato –, il ruolo cardine è giocato dall'art. 2 Cost. e dal dovere inderogabile di solidarietà sociale, politica ed economica che esso impone a tutti. E si potrebbe ritenere che proprio questo sia chiesto al giurista nel momento attuale: analizzare se le disposizioni normative vigenti possano risultare idonee a regolare i fatti che accadono anche in situazioni non ordinarie¹⁴ o se, al contrario, queste debbano essere in qualche maniera "integrate" giurisprudenzialmente con il succitato principio della solidarietà. Ma l'interesse del giurista per la solidarietà non si limita a questa operazione di interpretazione integrativa (o correttiva, se la si osserva, invece, dalla prospettiva dei risultati che, senza il suo operare, si otterrebbero e che, nel giudizio dell'interprete, non corrisponderebbero a quanto viene ritenuto maggiormente "giusto" o "equo"), bensì si espande anche alla prospettiva *de iure condendo*: mi riferisco alla possibilità che, a crisi cessata, la solidarietà possa ispirare il legislatore nel suo intervento¹⁵.

fondamento di questa tesi potrebbe ulteriormente addursi che – al di là delle gerarchie formalmente imposte dalla Costituzione – vi sono differenze qualitative tra i beni di pregio costituzionale: la compressione di alcuni di questi è definitiva e non ristorabile (la salute e la vita certamente rientrano tra questi), mentre in altri casi la compressione di un diritto non ne determina un sacrificio definitivo».

¹⁴ Infatti, non è atteggiamento di per sé positivo – né, si potrebbe aggiungere, proprio del buon giurista – pensare che la legge in quanto tale sia sempre lo strumento migliore a cui ricorrere per regolare fatti connotati da "novità", anche in tutti quei casi in cui l'interpretazione ben potrebbe adempiere a questo scopo; e ciò per la semplice ragione che, così facendo, si finirebbe per alimentare quel sentimento ben delineato sempre da BETTI, Emilio. *Cours*, cit., p. 194: «Les règles législatives sont les plus connues dans les pays où une abondante production (inflation) des lois engendre l'idol[â]trie de la loi et le préjugé fétichiste du positivisme législatif qui croit que le pouvoir du "législateur" soit sans limites et que les lois soient suffisantes à régir tout le complexe mécanisme de la vie sociale».

¹⁵ I termini che utilizzo per fare riferimento a siffatto intervento sono volutamente vaghi, ma la questione sarà trattata *infra*.

In definitiva, bisogna prestare attenzione a non enfatizzare in maniera eccessiva – con il pretesto del verificarsi di una generalizzata situazione di criticità che colpisce molti aspetti del vivere in forma consociata – la difficoltà del momento che stiamo vivendo per assestare colpi particolarmente pericolosi al regolare e coerente sviluppo – storicamente e socialmente inteso – del complesso valoriale che permea l'intero sistema giuridico: l'emergenza può (*non necessariamente deve*) costituire un momento di svolta nel processo interpretativo di alcune norme o – più in generale – di orientamento dell'intero sistema, ma bisogna evitare di procedere in tal senso senza aver prima effettuato un'attenta e scrupolosa riflessione che giustifichi – sulla base di argomentazioni non facilmente contestabili – tale scelta, specie nel caso in cui si consideri che la crisi sanitaria – seppur molto grave – ha avuto conseguenze non paragonabili a situazioni precedenti ben peggiori.

2. LO SCOPPIO DELL'EMERGENZA SANITARIA

Una particolarità che ha contraddistinto l'epidemia di SARS-CoV-2 è l'estrema velocità con cui essa si è diffusa, velocità sicuramente favorita tanto dall'elevato numero di riproduzioni di base (l'oramai arcinoto indicatore R_0)¹⁶, quanto dalla facilità con cui i soggetti possono muoversi tra i diversi Paesi. Il numero dei contagi ha così raggiunto livelli preoccupanti, tali da giustificare le summenzionate misure di forte limitazione della libera circolazione. E ciò è avvenuto anche in considerazione del fatto che il continuo aumento degli infettati ha reso concreto – e fors'anco imminente – il rischio che le terapie intensive dei presidi ospedalieri italiani non fossero in grado di accogliere tutti i pazienti necessitanti un ricovero tanto nei reparti di ordinaria degenza, quanto in quelli di terapia intensiva¹⁷. Così facendo, si è voluto scongiurare che «i limiti strutturali e di personale del momento di massima emergenza» sfociassero in una qualche forma di «selezione dei pazienti che potessero accedere alle terapie intensive»¹⁸, forme che – nell'eventualità che tale infausta situazione si fosse verificata – miravano a

sollevare i clinici da una parte della responsabilità nelle scelte, che possono essere emotivamente gravose, compiute nei singoli casi e di rendere espliciti i criteri di allocazione delle risorse sanitarie in una condizione di una loro straordinaria scarsità¹⁹.

¹⁶ Per il riferimento alla letteratura medica, si veda quanto riportato in OLIVERI, Luca. Responsabilità medica e COVID-19: prime impressioni, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12bis/2020, p. 531.

¹⁷ Si veda quanto riportato a p. 9 del documento "Clinical management of COVID-19" della World Health Organization del 27 maggio 2020 ([https://www.who.int/publications-detail/clinical-management-of-severe-acute-respiratory-infection-when-novel-coronavirus-\(ncov\)-infection-is-suspected](https://www.who.int/publications-detail/clinical-management-of-severe-acute-respiratory-infection-when-novel-coronavirus-(ncov)-infection-is-suspected)): «While the most people with COVID-19 develop only mild (40%) or moderate (40%) disease [...], approximately 15% develop severe disease that requires oxygen support, and 5% have critical disease with complications such as respiratory failure, acute respiratory distress syndrome (ARDS), sepsis and septic shock, thromboembolism, and/or multiorgan failure, including acute kidney injury and cardiac injury». È evidente che, anche in presenza di una percentuale non elevatissima di soggetti che sviluppano conseguenze di tipo critico, il sistema non potrebbe reggere un continuo aumento esponenziale del numero dei contagiati.

¹⁸ GIOVA, Stefania. Infezione da COVID-19 e responsabilità della struttura sanitaria, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12bis/2020, p. 506.

¹⁹ *Ivi*, p. 507. L'Autrice analizza le "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili" diffuse

Queste peculiarità²⁰ del virus hanno reso altresì necessaria la disponibilità di un numero sempre maggiore di medici e di operatori sanitari che potesse dedicarsi esclusivamente alla cura dei pazienti infetti, con la conseguente adozione di provvedimenti idonei a raggiungere questo scopo. A titolo meramente esemplificativo, possono essere qui richiamati diversi provvedimenti: l'abolizione dell'esame di abilitazione all'esercizio della professione di medico chirurgo²¹, l'assunzione temporanea e straordinaria di nuovi medici e operatori sanitari²², il richiamo in servizio di medici in pensione²³, il rinvio delle operazioni e delle visite che non fossero estremamente urgenti, etc.

Ulteriori criticità sono emerse nel rifornire in maniera adeguata e continuativa tutti questi soggetti di adeguati dispositivi di protezione individuale, onde evitare non solo il verificarsi di un contagio degli stessi, ma anche la possibilità che questi ultimi – contagiati – si trasformassero, a loro volta, in vettori del contagio. Anche sotto questo versante, plurime problematiche sono emerse e continuano ad emergere: la necessità di reperire ingenti quantitativi dei suddetti materiali ha imposto meccanismi di acquisto non corrispondenti alle modalità ordinarie improntate ad una maggiore trasparenza, economicità e, pertanto, una possibile maggiore sicurezza circa l'esito positivo dell'operazione²⁴.

dalla Società italiana di anestesia analgesia, rianimazione e terapia intensiva (<http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf>) e si sofferma, inoltre, sulla contraria posizione espressa dal Comitato nazionale di bioetica, posizione imperniata sugli artt. 2, 3 e 32 Cost. e rivolta a privilegiare un criterio di tipo clinico.

²⁰ Peculiarità a cui va aggiunta la circostanza per cui «we have never before seen a pandemic sparked by a coronavirus. This is the first pandemic caused by a coronavirus»: così il Direttore della World Health Organisation nella dichiarazione pubblica dell'11 marzo 2020 (<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>).

²¹ Art. 102, comma 1, d.l. n. 17/2020 (convertito in legge n. 27/2020): «Il conseguimento della laurea magistrale a ciclo unico in Medicina e Chirurgia - Classe LM/41 abilita all'esercizio della professione di medico chirurgo, previa acquisizione del giudizio di idoneità di cui all'articolo 3 del decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca 9 maggio 2018, n. 58».

²² Art. 1, comma 1, d.l. n. 14/2020 (non convertito in legge, ma – secondo l'art. 1, comma 2, l. n. 24/2020 – «restano validi gli atti ed i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottosi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi decreti-legge [...] 9 marzo 2020, n. 14»): «Al fine di far fronte alle esigenze straordinarie ed urgenti derivanti dalla diffusione del COVID-19 [...] le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, fino al perdurare dello stato di emergenza [...], possono: procedere al reclutamento [...] di medici specializzandi, iscritti all'ultimo e al penultimo anno di corso delle scuole di specializzazione [...], conferendo incarichi di lavoro autonomo [...] non superiore a sei mesi, prorogabili in ragione del perdurare dello stato di emergenza». Art. 1, comma 3: «Gli incarichi di cui al presente articolo possono essere conferiti anche ai laureati in medicina e chirurgia, abilitati all'esercizio della professione medica e iscritti agli ordini professionali» (si noti che il provvedimento è antecedente a quello menzionato nella nota precedente, il quale potrebbe essere – e, verosimilmente, è stato – animato dall'intento di aumentare il numero di personale assumibile).

²³ Art. 1, comma 6, d.l. n. 14/2020: «Fino al 31 luglio 2020, al fine di far fronte alle esigenze straordinarie [...] le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano [...] possono conferire incarichi di lavoro autonomo, con durata non superiore ai sei mesi, e comunque entro il termine dello stato di emergenza a personale medico e a personale infermieristico, collocato in quiescenza, anche ove non iscritto al competente albo professionale in conseguenza del collocamento a riposo».

²⁴ Sono numerose le notizie riportate da quotidiani a diffusione nazionale aventi ad oggetto la mancata consegna di ingenti lotti di mascherine chirurgiche ("Caso mascherine, la corte dei Conti acquisirà gli atti", *corriere.it* del 28 aprile 2020 – https://roma.corriere.it/notizie/cronaca/20_aprile_28/caso-mascherine-corte-conti-acquisira-atti-a1d8747e-893b-11ea-8073-abbb9eae2ee6.shtml); "Mascherine mai arrivate, si indaga su una polizza da 35 milioni della Regione Lazio", *corriere.it* dell'8 maggio 2020 – https://www.corriere.it/cronache/20_maggio_08/05-interni-a6tcorriere-web-sezioni-ab8e298e-90a0-11ea-

Da ultimo, non si può non evidenziare – in caso contrario si peccerebbe di forte parzialità – come, tra le diverse esigenze, fosse ricompresa quella di predisporre «un piano di emergenza per la gestione dei pazienti critici affetti da COVID-19, che consenta di garantire idonee livelli di trattamento attraverso un adeguato numero di posti letto in terapia intensiva»²⁵: il compito di «individuare opportune soluzioni organizzative che consentano di soddisfare il potenziale incremento delle necessità di ricovero in tale ambito assistenziale» è stato rimesso dal Ministero alle singole Regioni, così come quello di «identificare prioritariamente una o più strutture/stabilimenti da dedicare alla gestione esclusiva del paziente affetto da COVID-19 [...] in relazione alle dinamiche epidemiologiche»²⁶.

Da quanto appena esposto, si può evincere in maniera sufficientemente chiara l'eccezionale gravità della situazione e la straordinaria profusione di energie richiesta per affrontare un evento che, sebbene prevedibile (e, in una qual certa misura, previsto²⁷), si è poi concretamente presentato in modalità che nessuno si sarebbe potuto ragionevolmente attendere²⁸.

3. LA LEGISLAZIONE ITALIANA

Ora che il momento più duro e doloroso dell'emergenza sembra essere passato, l'analisi degli interpreti si sta volgendo verso i comportamenti tenuti da diversi soggetti per poter individuare mancanze o errori tanto organizzativo-gestionali, quanto professionali.

Preliminarmente, sul punto, non può non rilevarsi quanto segue. La drammaticità dell'epidemia e l'elevato numero dei deceduti a causa di essa hanno cagionato nell'animo umano una pluralità di sentimenti, spesso addirittura contrastanti tra loro (si pensi, ad esempio, alla gratitudine nei confronti dei medici che hanno sopportato la fatica di turni di lavoro massacranti e, dall'altro lato, alla richiesta di giustizia proveniente da coloro che hanno perso una persona cara). Ecco, bisogna prestare somma attenzione al fatto che nessuno di questi sentimenti finisca per prevalere su tutti gli altri ed essere ritenuto l'unico "giusto" e, perciò, legittimante l'intervento del giurista in un senso piuttosto che in un altro. Anzi, è vero l'esatto opposto: il giurista – per quanto ciò possa apparire quasi "inumano" e non rispondente a quell'atteggiamento di immedesimazione nell'altrui sofferenza – deve saper astrarre e porsi in una posizione che potremmo definire di

b981-878bbbd902eb.shtml), così come la destinazione nei cc.dd. paradisi fiscali dei proventi di tali vendite ("La contabilità salata delle mascherine. E una parte dei soldi è diretta alle Cayman", *lastampa.it* del 30 aprile 2020 – <https://www.lastampa.it/topnews/firme/dietro-le-quinte-della-finanza/2020/04/30/news/la-contabilita-salata-delle-mascherine-e-una-parte-dei-soldi-e-diretta-alle-cayman-1.38784342>).

²⁵ Così le "Linee di indirizzo assistenziali del paziente critico affetto da COVID-19" del 29 febbraio 2020 del Ministero della Salute (http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_5373_4_file.pdf).

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Infatti, non può non essere intesa in tal senso la dichiarazione dello stato di emergenza deliberata dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 31 gennaio 2020 (e pubblicata in Gazzetta Ufficiale il giorno seguente).

²⁸ Appaiono sempre più inverosimili i dati resi disponibili dalle autorità cinesi (poco più di 83.000 casi con circa 4.600 decessi in regioni densamente popolate) riguardo la reale diffusione del virus nel Paese, nonché altamente deplorabile l'iniziale opera di censura posta in essere dalle Autorità statali.

indifferenza²⁹. E ciò risulta, a parere di scrive, non solo assai opportuno, ma anche necessario (ai limiti dell'imprescindibile, oserei dire) proprio in contingenze simili a quelle attuali. In questo modo, si dovrebbe sperabilmente evitare di cadere in uno dei due eccessi che si prospettano e sembrano incombere sul giurista: cercare – a qualsiasi costo – un colpevole per quanto accaduto oppure, di contro, sostenere l'esigenza di introdurre ampi “scudi” per evitare che i medici e gli operatori sanitari (nonché le strutture sanitarie) rischino di essere in qualche modo condannati – civilmente o penalmente – in relazione ai fatti accaduti nel periodo emergenziale³⁰.

Si permetta di dubitare di entrambi gli atteggiamenti, estremamente dannosi per la società e, cosa non meno importante, per la scienza giuridica. Il primo, infatti, non corrisponde al compito del giurista, il quale – come si è già avuto modo di evidenziare più sopra – può certamente tener conto di nuove istanze sociali, ma non deve cedere ad andamenti emozionali ed ondivaghi³¹ e, dunque, finire per snaturare (*rectius* svilire) il proprio ruolo³². Il secondo atteggiamento, di contro, pecca di eccessiva generalizzazione, siccome tende ad assimilare situazioni che, invece, meritano un trattamento differenziato: l'adozione di una norma valida e suscettibile di applicazione sull'intero territorio nazionale non consentirebbe di apprezzare le significative diversità – già empiricamente riscontrate³³ – tra alcune macro-aree del Paese:

²⁹ Ma – a ben vedere – si potrebbe parlare anche di equidistanza dalle posizioni dei soggetti coinvolti (e cioè medico, struttura e paziente), così da non dover ricorrere, a causa dell'immedesimazione di cui si potrebbe rimanere vittime, a concetti extra-giuridici che rischiano di contaminare i termini in cui si dovrebbe correttamente svolgere la riflessione e il conseguente dibattito

³⁰ Un'attenta analisi degli emendamenti presentati dagli esponenti di varie forze politiche, sia di maggioranza che di opposizione, in sede di conversione del c.d. decreto “Cura Italia” (d.l. n. 18/2020) è stata effettuata da CAPECCHI, Marco. Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma, *rivistaresponsabilitamedica.it*, 9 aprile 2020 (<http://www.rivistaresponsabilitamedica.it/wp-content/uploads/2020/04/Capecchi-Coronavirus-e-resp-civile.pdf>).

³¹ Cfr. la lucida analisi (penalistica, ma con interessanti visioni prospettiche utili anche a livello generale) di SGUBBI, Filippo. *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna: Il Mulino, 2019, circa la rilevanza sempre crescente di fonti sociali nel processo di incriminazione di quei soggetti che, ritenuti colpevoli, devono per forza essere condannati: in questo modo, si capisce come l'elemento fondamentale di tale procedimento sia il sentimento comune, che ha già individuato e condannato – *latae sententiae* – un soggetto, la cui colpevolezza deve solo essere riconosciuta dal giudice e “ammantata” di solennità. Cfr., ad esempio, p. 47: «Il ruolo sempre più significativo che le emozioni hanno acquisito nella realtà contemporanea comporta che la percezione della vittima assuma centralità anche nella dinamica penale: la condotta dell'agente può essere oggettivamente neutra, ma se viene percepita come lesiva dell'interlocutore diventa reato».

³² Infatti, anche coloro che – giustamente – riconoscono la rilevanza dell'eterointegrazione sociale nel processo interpretativo (v. *supra*, nota 9), distinguono molto chiaramente i diversi piani (politico e giuridico): «l'interprete è innanzi tutto un servitore della legalità; appunto perciò l'interpretazione e l'applicazione del diritto sono e devono rimanere distinte dall'attività politica che tende a riformare il diritto vigente. Prescindendo da questa distinzione difficilmente potrebbero esistere legalità e certezza giuridica», ASCARELLI, Tullio. *Studi di diritto comparato*, cit., p. 192. In una prospettiva ancor più restrittiva, si colloca BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018 (ristampa della 2^a ed. del 1936), p. 18: il giudice non può «fare valutazioni critiche di politica legislativa, circa l'utilità, l'opportunità, la bontà o la giustizia delle norme giuridiche che è chiamato ad applicare, né formare, in via di critica a tali norme, apprezzamenti discrezionali d'interessi collettivi e dell'utilità generale, salvo che la legge stessa gliene conferisca espressamente il potere»; così, non può «accogliere una domanda, perché “giusta” a suo avviso in linea di politica legislativa, allorché invece una cognizione imparziale della stessa lo abbia persuaso che la legge non le presta fondamento».

³³ Si veda il Rapporto del 4 giugno 2020 dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) “Impatto dell'epidemia COVID-19 sulla mortalità totale della popolazione residente – primo quadrimestre 2020” (https://www.istat.it/it/files//2020/06/Rapp_istat_iss_3Giugno.pdf), p. 2: «Si conferma l'eterogeneità nella diffusione geografica dell'epidemia, che risulta molto contenuta nelle Regioni del Sud e nelle Isole, mediamente più elevata in quelle del Centro rispetto al Mezzogiorno e molto elevata nelle Regioni del Nord. Considerando i casi e i decessi Covid-19, il 75% dei casi segnalati e l'82% dei decessi si trovano nelle

diversità epidemiologiche che si ripercuotono sui singoli sistemi sanitari regionali e, conseguentemente, sulla qualità dei servizi che possono essere erogati.

Prescindendo, pertanto, da queste due derive, si deve verificare se la legislazione già presente sia idonea a regolare anche i fatti accaduti in questo periodo pandemico, oppure se risulti opportuno procedere all'approvazione di nuove disposizioni (nel caso in cui si riscontri l'insufficienza di quelle vigenti o anche nel caso in cui l'esito applicativo non corrisponda all'indirizzo di politica legislativa che si intende perseguire) o ad una loro integrazione, acquisendo particolare rilievo in questi due ultime ipotesi – come detto in apertura – il principio della solidarietà costituzionale.

La legislazione a cui si fa riferimento è la l. n. 24 del 2017, comunemente nota come legge Gelli-Bianco (dal nome dei presentatori, rispettivamente, alla Camera e al Senato). Anche se la dottrina non si è espressa in maniera univoca sulle ragioni che hanno determinato l'intervento del legislatore³⁴, va certamente notato come – in definitiva – esso mirasse a portare un nuovo ordine, improntato ad un maggior equilibrio complessivo³⁵, in quel famoso “sottosistema” della responsabilità civile (per usare quella felice – e fortemente evocativa – espressione coniata da autorevole dottrina³⁶) e, dunque, a rendere l'ambiente lavorativo del medico più sereno, così da poter tutelare – anche di riflesso – la migliore qualità delle cure che esso offre al paziente. In secondo luogo, la novella pose fine alla dibattuta questione circa la natura della responsabilità del medico e di quella della struttura sanitaria, ponendo altresì fine a quella indebita attrazione – giurisprudenzialmente operata³⁷ – della responsabilità medica nel

province definite a diffusione “alta”, il 17% dei casi e il 13% dei morti in quelle a diffusione “media” e rispettivamente l'8% e il 5% nelle province a diffusione “bassa”».

³⁴ In prospettiva critica rispetto alle motivazioni esplicitate nei lavori preparatori, si pone MOSCATI, Enrico. Responsabilità sanitaria e teoria generale delle obbligazioni (note minime sui commi 1 e 3, prima frase, art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24), *Riv. dir. civ.*, n. 3/2018, p. 841-842: l'Autore sostiene che la nuova impostazione della responsabilità di medici e strutture – asseritamente finalizzata al contenimento della c.d. medicina difensiva – nasconda, in realtà, l'esclusiva «preoccupazione del legislatore di ridurre “la spesa sanitaria, pubblica o privata” in conseguenza dei “costi diretti e indiretti del contenzioso medico e sanitario... divenuti eccessivamente gravosi per la collettività”». Sia consentito dubitare di una siffatta ricostruzione, per giungere a quella (corretta) pluralità di intenti che ha mosso il legislatore ed è stata evidenziata da MIGLIACCIO, Emanuela. Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova, *Dir. fam. pers.*, n. 3/2019, p. 1252. Inoltre, non può essere pretermessa la giusta osservazione di PARDOLESI, Roberto. Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria. In: VOLPE, Fabrizio (a cura di). *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (legge n. 24/2017)*, Bologna: Zanichelli, 2018, p. 42, secondo cui – tra le finalità (esplicite o implicite) – vi è certamente quella di una «tendenziale canalizzazione della responsabilità civile in capo alle strutture». Concorde con quest'ultima ricostruzione, PONZANELLI, Giulio. La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da COVID, *Giustiziacivile.com*, 19 maggio 2020 (<http://giustiziacivile.com/pdfpage/2286>): «l'intento evidente è quello di spingere le eventuali controversie verso la struttura (attraverso un meccanismo di c.d. “canalizzazione della responsabilità”), quale soggetto nelle condizioni di meglio organizzare lo svolgimento dell'attività e anche più protetto».

³⁵ TURCI, Matteo. L'azione diretta del soggetto danneggiato nel quadro della nuova responsabilità sanitaria, *Resp. medica*, n. 4/2019, p. 457, evidenzia – con felice espressione – il tentativo del legislatore «di introdurre uno statuto generale della responsabilità medica attento ai risolti civilistici».

³⁶ DE MATTEIS, Raffaella. *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova: Cedam, 1995.

³⁷ Si allude – come ovvio – alla teoria del c.d. contatto sociale: «si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o che sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso» (Cass. n. 589/1999, *Foro it.*, 1999, I, c. 3346); «quanto sopra detto si verifica per l'operatore di una professione c.d. protetta (cioè una professione per la quale è richiesta una

campo della responsabilità contrattuale, e optando invece per un regime a doppio binario³⁸: contrattuale per la struttura e per il medico che abbia concluso – esplicitamente – un contratto con il paziente; aquiliana per il medico dipendente di struttura che non abbia precedentemente assunto un obbligo con il paziente³⁹. Infine, l'intervento parlamentare va segnalato per aver espressamente posto l'accento (sia nel titolo della legge, sia nel suo primo articolo) sulla "sicurezza delle cure": l'aver stabilito che essa «è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività» (art. 1, comma 1) pone l'interprete nella corretta ottica secondo cui le cure e i servizi non solo devono essere appropriati e adeguati, ma anche "sicuri", prospettandosi – nel caso in cui ciò non si verifichi – il rischio concreto di una lesione del bene salute.

Il secondo elemento legislativo che deve essere tenuto in considerazione riguarda quel complesso di disposizioni che hanno contribuito a progressivamente definire la fisionomia del sistema sanitario nazionale italiano. In questa sede non si può certo ripercorrere l'intera evoluzione di questo specifico e delicato settore: mi limiterò, dunque, a richiamare alcuni tratti salienti, rinviando – per il resto – ai lavori di autorevoli esponenti della dottrina⁴⁰. Due aspetti vengono in rilievo: la gratuità delle cure⁴¹ e l'obbligo di accettazione dei pazienti⁴². Senza voler (né manco poter) qui analizzare le peculiarità del sistema sanitario italiano che hanno orientato

speciale abilitazione da parte dello Stato, art. 348 c.p.), in particolare se detta professione abbia ad oggetto beni costituzionalmente garantiti, come avviene per la professione medica [...], che incide sul bene della salute, tutelato dall'art. 32 Cost.» (ivi, c. 3347).

³⁸ Sono parole, ancora una volta, di DE MATTEIS, Raffaella. *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*. Milano: Wolters Kluwer Italia, 2017, p. 233-234: «Per tale via si è dato vita ad un sistema a doppio binario, ove accanto ad una responsabilità di natura contrattuale diretta e anorganica dell'ente, in quanto esclusiva e non fondata sul rapporto organico, da ricondurre all'inadempimento di quegli obblighi che presiedono per legge l'erogazione del servizio sanitario, si colloca una responsabilità esterna del sanitario fondata [...] sull'accertamento di un illecito aquiliano ad esso imputabile».

³⁹ Un giudizio positivo sull'assetto generale così determinato è contenuto in MIGLIACCIO, Emanuela. Ancora in tema di responsabilità medica, cit., p. 1262: «Senonché, però, non può dirsi che ciò rechi con sé "un pericoloso abbassamento della tutela del paziente", avendo il legislatore non solo mantenuto ferma la responsabilità della struttura sanitaria, che resta fondata sul contratto atipico di spedalità e sussistente anche qualora il medico abbia avuto il rapporto contrattuale diretto con il paziente [...], ma anche rafforzato la stessa, con l'obbligo di assicurazione di cui si è detto [...]».

⁴⁰ Valga, per tutti, il rinvio – anche per la dettagliata ricostruzione storica non limitata ai tempi più recenti – a DE MATTEIS, Raffaella. *Le responsabilità in ambito sanitario*, cit., p. 48 ss.

⁴¹ Infatti, sebbene l'art. 32, comma 1, Cost. disponga che le cure debbano essere erogate gratuitamente ai soli soggetti indigenti (sul punto, per una disamina del dibattito svoltosi in seno all'Assemblea costituente, rinvio a LUCIANI, Massimo. Voce "Salute. I) Diritto alla salute – Dir. cost.", *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma: Istituto poligrafico e zecca dello Stato, 1994, p. 9), l'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 502/1992 (così come modificato dall'art. 1, comma 1, del d. lgs. 229/1999) dispone che: «le prestazioni sanitarie comprese nei livelli essenziali di assistenza [cc.dd. LEA] sono garantite dal Servizio sanitario nazionale a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa, nelle forme e secondo le modalità previste dalla legislazione vigente». Il novero di tali prestazioni è stato aggiornato, da ultimo, dal D.P.C.M. 12 gennaio 2017 (si veda, con particolare riferimento al ricovero in unità di pronto soccorso, quanto contenuto nel capo V, artt. 37-38).

⁴² Cfr. sempre l'art. 37, comma 1, del D.P.C.M. 12 gennaio 2017: «Nell'ambito dell'attività di Pronto soccorso, il Servizio sanitario nazionale garantisce l'esecuzione degli interventi diagnostico terapeutici di urgenza, i primi accertamenti diagnostici, clinici strumentali e di laboratorio e gli interventi necessari alla stabilizzazione del paziente, nonché, quando necessario, il trasporto assistito». Ma, più in generale, si veda l'art. 1, comma 6, del già citato d. lgs. n. 502/1992: «I livelli essenziali di assistenza comprendono le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni relativi alle aree di offerta individuate dal Piano sanitario nazionale. Tali livelli comprendono: [...] c) l'assistenza ospedaliera». Sul punto, si veda MARCELLO, Daniela. *Prestazione sanitaria e responsabilità civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 92-93.

chiaramente la sopra menzionata evoluzione⁴³, si può solo evidenziare la circostanza per cui – anche (e specialmente) in considerazione dei due aspetti ora citati – il nostro sistema sia connotato da uno sfasamento, ossia «il fatto che si giunse a una riforma espansiva della sanità allorquando a livello internazionale proprio questo ambito diveniva il bersaglio di politiche di contenimento della spesa pubblica»⁴⁴: il sistema sanitario nazionale, dunque, è già fortemente “sbilanciato” (ma si prenda il termine con le dovute cautele, e cioè in senso neutro e privo di qualsivoglia giudizio di tipo valoriale) a favore del cittadino.

4. LA POSIZIONE DELLA STRUTTURA SANITARIA DURANTE L’EMERGENZA

Orbene, senza soffermarci sulle differenti “fasi” che hanno connotato l’atteggiamento giurisprudenziale⁴⁵ e legislativo nei confronti del medico⁴⁶ (e alla cui resa figurativa ben contribuisce l’immagine di un movimento “oscillatorio” nel tempo⁴⁷) e sulle problematiche legate strettamente all’emergenza sanitaria⁴⁸, dobbiamo ora procedere – coma da originario intento espresso nel titolo – all’analisi più limitata della posizione della struttura sanitaria che si trovi ad affrontare l’emergenza pandemica.

Come si è già avuto modo di accennare, il contratto atipico di ospitalità⁴⁹ si

⁴³ Interessante la riflessione di GIORGI, Chiara. La salute in tempi di emergenza e in tempi di normalità. La traiettoria di una sanità pubblica e universale, *L’antivirus. Dialoghi oltre la quarantena*, 10 aprile 2020 (<http://lantivirus.org/la-salute-in-tempi-di-emergenza-e-in-tempi-di-normalita/>).

⁴⁴ *Ivi*, p. 2.

⁴⁵ Invero, con la sola eccezione dell’art. 3 del c.d. decreto Balduzzi (d.l. n. 158/2012, convertito in l. n. 189/2012), il ruolo principale in tale campo è stato a lungo svolto dalla giurisprudenza («Mentre fino all’inizio dell’ultimo decennio del Novecento la giurisprudenza ha cercato, in qualche modo, di seguire le impostazioni dottrinali in materia di responsabilità medico-sanitaria, nel periodo successivo è stata la dottrina a dover tenere il passo dei giudici»: così NAPOLI, Gaetano Edoardo. La responsabilità sanitaria nel sistema civilistico. Punti fermi e nuove linee di riforma, *Resp. civ. prev.*, n. 1/2017, p. 81), con il conseguente rischio (poi effettivamente verificatosi) di uno sviluppo disorganico, sproorzionato e privo di una visione programmatica di più ampia portata: «L’evoluzione giurisprudenziale [...], giova sottolinearlo, non si è sviluppata secondo un progetto esplicito, in sede legislativa, ma è avvenuta nelle aule giudiziarie, secondo un percorso frammentato e disorganico; ciò che ha comportato una evoluzione a salti, non di rado caratterizzata da eccessi», MARCHISIO, Emiliano. Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina “difensiva”, *Riv. dir. civ.*, n. 1/2020, p. 198. Sull’atteggiamento tenuto dalla giurisprudenza in seguito all’emanazione del c.d. decreto Balduzzi, si veda CARLEO, Roberto. Responsabilità sanitaria e onere della prova: il ruolo della cartella clinica elettronica, *Nuovo dir. civ.*, n. 3/2019, p. 56: «La giurisprudenza, infatti, quasi in un “braccio di ferro” con il legislatore, anche a seguito del nuovo testo legislativo, aveva conservato la propria posizione consolidata e mantenuto fede ai propri precedenti».

⁴⁶ Per i quali si rinvia alle opere già citate nella nota n. 36, nonché a NAPOLI, Gaetano Edoardo. La responsabilità sanitaria nel sistema civilistico, cit., p. 65 ss., a MARCHISIO, Emiliano. Evoluzione della responsabilità civile medica, cit., p. 189 ss. e, in una prospettiva storica più risalente (ma con interessanti spunti anche di taglio generale), a SPAZIANI, Paolo. Carlo Lessona e la responsabilità medica (riflessioni semiserie ispirate da un cattivo oculista che esercitò nell’antica Persia), *Riv. dir. proc.*, n. 1/2020, p. 121 ss. Da ultimo, si veda PONZANELLI, Giulio. La responsabilità sanitaria, cit., p. 3-8.

⁴⁷ «La seconda oscillazione, invece, tutt’ora in atto, rappresenta un bilanciamento correttivo degli eccessi prodotti dal moto estensivo appena cennato. È in tale prospettiva che deve essere interpretata l’emanazione della l. 8 marzo 2017, n. 24: non solo come riequilibrio dei rapporti tra medico e paziente ma, in termini più ampi, anche come tentativo di dare adeguato riconoscimento e tutela alle esigenze di “corretto” funzionamento del sistema sanitario complessivamente considerato»: così MARCHISIO, Emiliano. Evoluzione della responsabilità civile medica, cit., p. 190.

⁴⁸ Per le quali si rinvia a OLIVERI, Luca. Responsabilità medica e COVID-19, cit., e alla dottrina *ivi* cit.

⁴⁹ Sul punto, FACCIOLI, Mirko. *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pisa: Pacini Editore, 2018, p. 29, rileva chiaramente: «appare quindi corretto qualificare il contratto tra

contraddistingue – all'interno del panorama civilistico – per uno sbilanciamento nei confronti del paziente-creditore, sbilanciamento condivisibilmente giustificato dalle richiamate esigenze (pubblicistiche) di più ampia tutela del fondamentale bene “salute”. Si viene a delineare, pertanto, una figura peculiare di contratto, la quale – come è stato ben rilevato –, «presentando una forte commistione nella sua disciplina di momenti pubblicistici e privatistici, richiede l'adozione di una chiave di lettura unitaria, entro cui far convergere la duplice prospettiva»⁵⁰.

Tuttavia, e venendo a concludere queste notazioni a carattere preliminare, non può non rilevarsi come questa particolare commistione tra elementi di diverso genere pervada (ma si potrebbe dire, più correttamente: lo sbilanciamento raggiunga l'apice) nel momento in cui si analizzi un elemento essenziale del contratto: faccio riferimento, ovviamente, all'oggetto⁵¹ delle prestazioni contrattuali.

Orbene, in questa sede non si può procedere ad una disamina – neanche in forma estremamente sommaria – dell'importantissima e vasta tematica che si aprirebbe con quanto detto da ultimo. Mi limiterò, dunque, a rilevare come le ben note particolarità del contratto di cui stiamo discorrendo⁵² – che generalmente sembrano passare quasi sotto traccia⁵³ – non possano e non debbano essere omesse in tempi di eccezionalità, quali sono quelli attuali.

ospedale e paziente come contratto atipico – ma non misto, come sostenuto da un orientamento assai risalente e rimasto isolato sia in dottrina che in giurisprudenza – di ‘spedalità’ o di ‘assistenza sanitaria’.

⁵⁰ DE MATTEIS, Raffaella. *Le responsabilità in ambito sanitario*, cit., p. 100. Questa duplice prospettiva – «nell'ambito della concezione unitaria del rapporto» – è l'unica che consente, secondo l'Autrice, di comprendere come si possa dissolvere quella «sorta di incompatibilità tra le nozioni di pubblico servizio e contratto e tra contratto e diritto soggettivo alla fruizione del servizio, a lungo ostentata da chi privilegiava nella lettura del rapporto la dimensione amministrativa» (ivi, p. 101).

⁵¹ In generale, sull'oggetto del contratto atipico in questione, si vedano le risalenti (ma sempre attuali) parole di GALGANO, Francesco. *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 3/1984, p. 720: «L'idea dell'amministrazione sanitaria come di una sorta di medico collettivo o “macroiatra” che conclude contratti d'opera intellettuale (avvalendosi delle persone fisiche dei sanitari come di ausiliari nel senso dell'art. 2232 c.c.) trova un insuperabile ostacolo nella configurazione legislativa del contratto regolato dagli artt. 2230-2237 c.c., che è il contratto nel quale viene dedotta la prestazione *personale* del professionista contraente» (corsivo orig.). L'Autore – rifiutando la sovrapposizione di prestazioni (quelle del medico e quelle della struttura) che sono distinte per oggetto e per natura (e distinte devono rimanere) – configurava diversamente il contratto in questione: «E tuttavia il contratto in parola, se non è appalto, neppure è contratto d'opera intellettuale (gratuito): è da qualificare come un contratto atipico, rientrante nell'ampio schema della classica *locatio operis*, regolato dai principi generali sui contratti e, in particolare, da quelli che hanno per oggetto una obbligazione di risultato». Più di recente, FACCIOLI, Mirko. *La responsabilità civile per difetto di organizzazione*, cit., p. 49 ss. e MARCELLO, Daniela. *Prestazione sanitaria e responsabilità civile*, cit., p. 123 ss.

⁵² E a cui va aggiunto un ulteriore rilievo (la cui forma, però, non può che consistere in breve cenno): la possibilità, per il paziente-creditore, di determinare – all'interno della già particolare categoria degli obblighi legali di contrarre – in misura notevolmente incisiva il concreto contenuto del contratto. Cfr. GALGANO, Francesco. *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, cit., p. 713: «il momento del contratto, lungi dallo scomparire, si è rafforzato rispetto al passato: la volontà dell'utente può determinare persino le modalità di esecuzione della prestazione sanitaria, con la libera scelta del luogo di cura o di ricovero e della stessa persona dell'“ausiliario” del debitore [...]. La riforma ha, semmai, accentuato e non certo ridotto il momento dispositivo e “negoziale” del diritto alla salute, in ordine al se, al dove e al come dell'esercizio del diritto». Più recentemente, si veda DE MATTEIS, Raffaella. *Le responsabilità in ambito sanitario*, cit., *passim*.

⁵³ E questo – forse – potrebbe essere un atteggiamento riconducibile a quella tendenza in atto e volta a tutelare maggiormente la figura del paziente. In tal senso, si veda MARCHISIO, Emiliano. *Evoluzione della responsabilità civile medica*, cit., p. 191: l'Autore riflette su come «il riconoscimento *incondizionato* di situazioni giuridiche soggettive individuali indipendentemente da vincoli di sistema possa, nel medio e nel lungo periodo, produrre conseguenze negative, e pertanto giuspoliticamente indesiderabili, anche *per quella stessa classe di soggetti che, nel breve periodo, di tale riconoscimento può aver beneficiato*» (corsivo orig.).

La possibilità dell'oggetto della prestazione sanitaria è strettamente correlata all'insieme di quei doveri che incombono in capo alla struttura, doveri che – non solo in tempi recenti⁵⁴ – sono stati correttamente qualificati di “organizzazione”⁵⁵. L'impossibilità (anche parziale) di rispettare siffatti doveri – i quali sono stati interpretati in chiave squisitamente oggettiva⁵⁶ – dovrebbe, a rigore, condurre ad un atteggiamento diverso nei confronti del paziente che si rivolga alla struttura sanitaria: quest'ultima dovrebbe indirizzarlo verso strutture che – a differenza di quella interpellata – si trovino nelle condizioni di poter adempiere⁵⁷. Ma, nella situazione emergenziale, con pazienti che rischiano di subire esiti (potenzialmente anche) infausti in caso di ritardo nei soccorsi, tale criterio non pare facilmente attuabile, in concreto. Se ne ricava che, anche nel caso in cui un presidio ospedaliero non sia dotato di personale (quantitativamente e qualitativamente) sufficiente⁵⁸ o dei dispositivi di protezione individuale utilizzati per evitare che i medici – magari infettati senza grave sintomatologia e costretti ancora a lavorare – possano trasformarsi in vettori del virus o degli appositi macchinari per curare i degenti, il ricovero nella struttura fa sorgere ugualmente l'obbligazione contrattuale sopra descritta⁵⁹.

⁵⁴ Il riferimento non può che essere – nuovamente – agli efficaci rilievi di GALGANO, Francesco. Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria, cit., p. 724, il quale – analizzando le disposizioni della l. n. 833/1978 – individua «oggettive esigenze di organizzazione del pubblico servizio» da coordinare «con la protezione della libertà individuale degli utenti».

⁵⁵ In tal senso sembra essere orientato anche l'art. 1, comma 2, l. n. 24/2017: «La sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle *risorse strutturali*, tecnologiche e *organizzative*» (corsivo agg.). L'eventuale carenza organizzativa non deve – chiaramente – essere sovrapposta all'operato dei medici: «La responsabilità della struttura per difetto di organizzazione può tanto accompagnarsi ad una condotta negligente dei singoli professionisti coinvolti quanto prescindere da quest'ultima e costituire, quindi, l'unico fattore causale che ha prodotto la lesione sofferta dal paziente danneggiato» (FACCIOLI, Mirko. *La responsabilità civile per difetto di organizzazione*, cit., p. 45).

⁵⁶ FACCIOLI, Mirko. *La responsabilità civile per difetto di organizzazione*, cit., p. 89 ss., nonché ID. COVID-19 e responsabilità civile sanitaria, *Ri.da.re.*, 11 maggio 2020 (<http://ridare.it/articoli/focus/covid-19-e-responsabilit-civile-sanitaria>).

⁵⁷ Cfr. FACCIOLI, Mirko. *La responsabilità civile per difetto di organizzazione*, cit., p. 146 ss. e SCOGNAMIGLIO, Claudio. La responsabilità sanitaria nel nuovo “diritto vigente”: problemi e prospettive. In FACCIOLI, Mirko; TROIANO, Stefano (a cura di). *Risarcimento del danno e assicurazione nella nuova disciplina della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 47.

⁵⁸ Lo si è rilevato *supra*, § 1, note 24 e 25. Inoltre, si veda FACCI, Giovanni. COVID-19, medicina delle catastrofi e responsabilità sanitaria, *Giustiziacivile.com*, 6 maggio 2020, p. 5-6 (<http://giustiziacivile.com/pdfpage/2268>): «In altre parole, sono stati sovvertiti i tradizionali percorsi di reclutamento dei professionisti all'interno delle strutture in modo che gli specializzandi – a prescindere dalla specializzazione o meglio dalla scuola di specializzazione frequentata (e non ancora terminata) – ed i neolaureati possano essere applicati, come vera e propria “forza lavoro” ai reparti Covid, allestiti in poco tempo anche in luoghi adibiti normalmente ad altre attività».

⁵⁹ Diversamente, non possono essere tenuti in considerazione alcuni fattori (e, difatti, essi non sono stati menzionati) quali la predisposizione di appositi “percorsi COVID” o la sanificazione dei locali esposti a rischio, in ragione del fatto che tali operazioni possono essere svolte senza che ciò richieda standard organizzativi difficilmente adottabili. In tal senso, seppur facendo riferimento ad un concetto di “diligenza” che mal si concilia con una responsabilità di tipo (praticamente) oggettivo ed estendendo tale regola pure ai dispositivi di protezione individuali, cfr. GIOVA, Stefania. Infezione da COVID-19 e responsabilità della struttura sanitaria, cit., p. 511: «Nell'infezione da COVID-19 sicuramente potrà essere chiamata a rispondere per inadempimento la struttura sanitaria o sociosanitaria, salvo che dimostri di aver osservato diligentemente le regole di condotta in quel momento accreditate dalla migliore scienza ed esperienza del settore (art. 43 c.p.). Nel caso specifico, il livello di diligenza esigibile può essere misurato in funzione delle regole cautelari acquisite in quel momento: ad esempio, aver individuato percorsi specifici per i pazienti da coronavirus o sospetti tali, aver isolato pazienti già ricoverati per altre comorbidity, aver utilizzato i dispositivi di protezione individuali adeguati».

Ma allora, e a ben vedere, in queste situazioni pare opportuno fare riferimento, più che al concetto di impossibilità parziale originaria⁶⁰ dell'oggetto della prestazione contrattuale, alla *diversa individuazione* dello stesso: le circostanze empiriche attuali – confortate dal fatto che, in tempi di normalità, i sistemi sanitari locali delle regioni dove l'epidemia ha infettato un numero più elevato di soggetti sono tra i più virtuosi⁶¹ – risultano idonee a determinare una diversa modulazione delle prestazioni, facendo così sorgere un vincolo pienamente valido ed efficace, nonché più rispondente a quanto l'utente può ragionevolmente e concretamente attendersi (e pretendere) dal Servizio sanitario.

5. CONCLUSIONI

Nel corso di queste brevi riflessioni si è avuto modo di evidenziare come l'elemento centrale della ricostruzione che si intende offrire sia costituito dalla *fattualità* degli eventi che hanno caratterizzato fin dall'inizio l'evoluzione dell'emergenza sanitaria, fatti che – con il passare del tempo – sembrano essere sempre meno incerti.

Nulla di nuovo, si potrà obiettare. Ed effettivamente è così: la fattualità riveste (o meglio, dovrebbe rivestire) sempre un ruolo centrale nel ragionamento giuridico, pena un eccessivo formalismo testualistico e prigioniero di un dogmatismo privo di ogni collegamento con la realtà⁶². Ma c'è un motivo ben preciso, se si è sentita la necessità di ripetere questa affermazione che – come detto – dovrebbe essere invece pacifica. Ed è un motivo che si ricollega strettamente con le premesse effettuate in apertura: mi riferisco a «l'idol[â]trie de la loi et le préjugé fétichiste du positivisme législatif»⁶³. Due ragioni sembrano essere sottese a questo atteggiamento che continua ad invocare – in special modo nella situazione attuale – l'intervento del legislatore: il timore (forse più immaginario che reale) che gli strumenti già a disposizione non siano idonei a regolare le conseguenze degli eventi e il rischio – ma questa seconda ragione è fortemente connessa con la prima – che, in sede interpretativa, si possa assistere a quella “deriva” solidaristica a cui si è fatto inizialmente cenno.

Provando a scindere – per un attimo – i due aspetti, penso si possa operare un'analisi più soddisfacente. Partendo dal secondo punto, posso solo constatare come l'emergenza abbia contribuito a far riscoprire assai diffusamente il concetto di “solidarietà” financo ai suoi più strenui

⁶⁰ Ed è tenendo conto di questo aspetto che risulta inapplicabile a queste fattispecie l'art. 1218 c.c. e il suo regime probatorio con cui poter andare esenti da responsabilità, il quale fa riferimento ad una impossibilità di tipo sopravvenuto (e, dunque, non originaria).

⁶¹ I dati sono tratti da una classifica riportata in TASCIOTTI, Umberto. *L'errore sanitario*, Roma: Aracne editrice, 2018, p. 46, secondo la quale i sistemi sanitari regionali di Piemonte, Lombardia ed Emilia Romagna si collocano, rispettivamente, nelle prime tre posizioni (il Veneto – altra regione duramente provata – si colloca, invece, al 10 posto): donde l'impossibilità di ritenere tali carenze strutturalmente caratterizzanti tali sistemi sanitari e la loro corretta riconducibilità alla contingente situazione pandemica.

⁶² Il concetto, da ultimo, è stato espresso con una sintesi (disarmante per la sua chiarezza e incisività) da BRECCIA, Umberto. Chiaroscuri della scienza giuridica contemporanea (a margine del libro di Nicolò Lipari, *Diritto civile e ragione*), *Riv. dir. civ.*, n. 1/2020, p. 154: «Chi parli del diritto, nel suo insieme, come di un “testo”, e prescindendo del tutto dal contesto, può trovarsi sospeso in un vuoto di ragione giuridica».

⁶³ BETTI, Emilio. *Cours*, cit., p. 194

oppositori in tempi di ordinarietà, in quanto elemento che pare quasi potenzialmente “eversivo”⁶⁴. Come detto⁶⁵ – e senza soffermarsi (volutamente) sulla questione della condivisibilità giuspolitica di un simile linea programmatica di tipo generale, siccome si aprirebbe un dibattito che meriterebbe un’apposita ampia trattazione⁶⁶ –, la solidarietà, se richiesta in tempi eccezionali e non destinati a perdurare a lungo, deve essere quanto più possibile disciplinata dal soggetto che, istituzionalmente, è deputato a farlo, e cioè il legislatore⁶⁷. In caso contrario, si assisterebbe, proprio per le particolarità del contesto, ad un’attività di un altro potere dello Stato (la magistratura) che fonderebbe la sua interpretazione certamente su elementi di fatto, ma al fine di utilizzarli non più in un’ottica di politica del diritto (ormai – si spera – pacificamente accettata anche dai soggetti più refrattari) che consenta all’ordinamento di stare al passo con i tempi senza la necessità di un costante *restyling* normativo, ma – di fatto – in un’ottica di politica legislativa vera e propria⁶⁸.

E allora, per riprendere – a questo punto in termini più precisi – la prima questione circa la valutazione di adeguatezza dello strumentario legislativo, avendo escluso la praticabilità di interpretazioni abnormemente evolutive, non sembrano sussistere particolari problematicità: una corretta valutazione dell’influenza dei fatti (il contesto) in relazione al dato legale (il testo) pare dimostrare come un puntuale intervento normativo non sia in realtà necessario. Certo, seguendo

⁶⁴ Non si contano gli innumerevoli interventi in tal senso, cosicché la solidarietà sembra essere divenuta il vero e proprio *Leitmotiv* dell’emergenza sanitaria. Limitandosi all’ambito sanitario, si vedano MAGGIOLIO, Marcello. Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute, *Giustiziacivile.com*, 2 aprile 2020 (<http://giustiziacivile.com/pdfpage/2193>); HAZAN, Maurizio; ZORZIT, Daniela. Corona Virus e Responsabilità (medica e sociale), *Ri.da.re.*, 10 marzo 2020 (<http://ridare.it/articoli/focus/corona-virus-e-responsabilit-medica-e-sociale>); nonché IID. Covid 19 e sicurezza delle cure: scenari prospettici per una responsabilità in cerca d’autore, *ivi*, 6 maggio 2020 (<http://ridare.it/articoli/focus/covid-19-e-sicurezza-delle-cure-scenari-prospettici-una-responsabilit-cerca-dautore>).

⁶⁵ Cfr., *supra*, § 1.

⁶⁶ Tuttavia, non posso non notare (sommariamente) come il diritto contrattuale non possa assolutamente considerarsi come luogo adatto all’esplicazione di criteri di stampo solidaristico, specie in un contratto – come quello di ospitalità – già fortemente “sbilanciato”. Sul tema della solidarietà contrattuale, cfr. MONATERI, Pier Giuseppe. Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto, *Riv. dir. civ.*, n. 4/2003, p. 412: «Innanzitutto occorre una visione del contratto che spezzi l’orizzonte della cooperazione, e che recuperi la natura antagonista del rapporto contrattuale: il contratto è una tregua provvisoria fra le parti, nel contesto di un gioco conflittuale fra i loro interessi».

⁶⁷ Seppur con riferimento alle sopravvenienze contrattuali (e, quindi, non al caso qui esaminato), non possono non essere menzionate le parole di SCOGNAMIGLIO, Claudio. L’emergenza COVID-19: quale ruolo per il civilista?, *Giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020, p. 6 (<http://giustiziacivile.com/pdfpage/2225>): si può «effettivamente dubitare se non sia proprio l’eccezionalità del momento a richiedere che la solidarietà sia, in questo caso, quanto più possibile governata dal legislatore, piuttosto, e prima ancora, che essere affidata alla concretizzazione da parte del giudice nel singolo caso controverso». Con riferimento al settore sanitario, si veda FACCI, Giovanni. COVID-19, medicina delle catastrofi e responsabilità sanitaria, *cit.*, p. 13: «Spetterà, quindi, al legislatore assumere eventuali decisioni circa l’introduzione di un sistema indennitario, che svolgerebbe una finalità non tanto assistenziale quanto solidaristica a beneficio dei congiunti delle vittime decedute a causa dell’epidemia».

⁶⁸ «[A]llora, in nome della buona fede o altro, si cre[erebbe], in realtà, uno squilibrio contrattuale a favore di una parte contro un’altra, che può essere *giustificato solo politicamente*, ma non da un punto di vista di terzietà neutrale»: così MONATERI, Pier Giuseppe. Ripensare il contratto, *cit.*, p. 414 (corsivo agg.). Parla di «solidarietà a senso unico» GENTILI, Aurelio. Una proposta sui contratti d’impresa al tempo del coronavirus, *Giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020, p. 7 (<http://giustiziacivile.com/pdfpage/2265>), evidenziando come non si possa «invocare semplicisticamente e pietisticamente solidarietà e buona fede», in quanto «la retorica non supplisce la logica» (*ivi*, p. 6).

la linea già percorsa dal Governo circa gli inadempimenti contrattuali⁶⁹, si potrebbe introdurre una disposizione che faccia specifico riferimento, per il giudizio di responsabilità della struttura sanitaria, alla (s)proporzione tra mezzi disponibili (e, eventualmente, effettivamente reperibili) e pazienti da curare⁷⁰. Tuttavia, si dubita non solo della necessità (e lo si è già detto) di una tale operazione, ma anche della sua concreta utilità: in primo luogo, perché qualsiasi giurista farà riferimento alle norme che già conosce per risolvere la questione sottoposta alla sua attenzione e troverà norme in cui si possono sussumere pure le concrete fattispecie attuali, così da rendere una mera superfetazione l'introduzione di un richiamo a qualcosa di noto e a cui – autonomamente – egli avrebbe comunque fatto ricorso. In secondo luogo, la suggestione che norme più precise e puntuali, univocamente orientabili, possano evitare un abnorme crescita del contenzioso è destinata a sciogliersi quale neve al sole, se solo si ha riguardo al fatto che – in ogni caso, e cioè in considerazione della mancanza di incisive norme che sanzionino la lite temeraria (o meglio, in presenza di una interpretazione giurisprudenziale che non valorizza a sufficienza gli istituti che mirino a tale obiettivo) – conviene comunque incardinare una controversia, magari nella speranza di imbattersi in qualche giudice che, perfino in presenza di norme come quelle appena ipotizzate, valuterà – in preda a sentimentalismi d'equità – in maniera assai sfavorevole per la struttura i fatti di causa.

Orbene, alla luce di quanto esposto, si potrebbe ritenere opportuno – di contro – cogliere l'occasione per muovere un (ulteriore?) passo contro il già menzionato feticismo legislativo che contribuisce al continuo (e spesso superfluo) incremento dei testi legislativi (e non invocarlo, con atteggiamento che ha un sapore stantio), e ciò in ragione dell'ulteriore considerazione della scarsa qualità dei testi che – nelle ristrette tempistiche imposte dell'emergenza – potrebbe addirittura aggravarsi⁷¹.

E quest'ultima constatazione sembra trovare conforto – e, qui, riprendo l'iniziale riferimento alla comparazione diacronica – in quanto sostenuto da un autorevolissimo Autore alla vigilia dell'entrata dell'Italia nel primo conflitto mondiale, di cui vorrei citare un lungo passo per non rischiare di compromettere l'estrema chiarezza e acutezza del pensiero:

non è opportuno politicamente accumulare in circostanze straordinarie delle leggi affrettate, quando il diritto comune offre le più salde garanzie per l'equilibrio di tutti gli interessi in conflitto. Può sorgere il pericolo di leggi che non corrispondono o sorpassano i reali bisogni del popolo, e che quindi per altro

⁶⁹ Cfr. art. 91, comma 1, del d.l. n. 18/2020 (convertito in l. n. 27/2020): «All'art. 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, è inserito il seguente: 6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti.».

⁷⁰ Così, seppur limitatamente alla responsabilità medica, Giacomo Travaglino (attuale presidente della III Sezione della Corte Suprema di Cassazione), intervistato da PETRINI, Michela. Responsabilità medica e COVID 19, *Giustizia insieme*, 7 maggio 2020 (<https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1067-responsabilita-medica-e-covid-19>).

⁷¹ «I testi, anche nei loro aspetti meno esaltanti, continuano a essere, infatti, un imponente "fattore" della giuridicità contemporanea, la cui entità quantitativa, la cui degenerazione qualitativa e la cui sospensione nel vuoto devono affrontarsi a viso aperto, nella piena consapevolezza di una vasta serie di problemi di larga notorietà [...]»: così BRECCIA, Umberto. Chiaroscuri della scienza giuridica contemporanea, cit., p. 154.

verso ne turbano il funzionamento. [...] In circostanze straordinarie, invece di moltiplicare le leggi che spesso riescono improvvide o inadeguate, sarebbe più opportuno dare una più larga partecipazione all'autorità giudiziaria nel regolamento dei conflitti di interessi che scoppiano per effetto dell'eccezionale stato di cose. Il giudice in presenza del caso concreto, a contatto immediato dei bisogni delle parti può esercitare una preziosa collaborazione con il legislatore, conformando diversamente secondo la peculiarità delle circostanze i principi giuridici, ed attuando efficacemente le reali esigenze della giustizia⁷².

Oggi giorno, il giurista e, sulla scorta delle parole appena menzionate, il giudice in particolar modo, sembrano investiti di un compito molto importante e, al contempo, estremamente difficoltoso: agire in autonomia (ben potendo farlo, come detto) e, quindi, mostrare un alto grado di affidabilità mediante una valutazione attenta della situazione emergenziale – anche con riferimento alle peculiarità territoriali già citate – al fine di una più circostanziata configurazione del contenuto contrattuale effettivamente esigibile dal paziente-creditore. Così facendo, si dimostrerebbe che l'atteggiamento interpretativo tutt'altro che remissivo che la magistratura ha acquisito negli ultimi tempi sia ben meritato ed esercitabile anche in situazioni critiche, senza la necessità di avere alle proprie spalle un legislatore che – in caso di emergenza – debba prontamente soccorrere un gigante dai piedi d'argilla che, nei tempi di ordinarietà, riesce a stare autonomamente in piedi e incutere quasi timore, ma, in tempi straordinari, finisce col cadere rovinosamente, rivelando così la propria inadeguatezza a mantenere il ruolo precedentemente acquisito.

BIBLIOGRAFIA

ASCARELLI, Tullio. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano: Giuffrè, 1952.

BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*, Milano: Giuffrè, 1958.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018 (ristampa della 2^a ed. del 1936).

BRECCIA, Umberto. Chiaroscuri della scienza giuridica contemporanea (a margine del libro di Nicolò Lipari, *Diritto civile e ragione*), *Riv. dir. civ.*, n. 1/2020.

⁷² FERRARA, Francesco. Influenza giuridica della guerra nei rapporti civili, *Riv. dir. comm.*, 1915, I, p. 28. Purtroppo, l'auspicio dell'insigne giurista cadde tristemente nel vuoto e lo stesso (Diritto di guerra e diritto di pace. In *Le prolusioni dei civilisti*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 1728-1729) si ritrovò, al termine del conflitto, a riflettere – nuovamente e con il solito acume che lo contraddistingueva – sui problemi quantitativi e qualitativi della legislazione di guerra: «Si è ecceduto nella prontezza del legiferare: ad ogni bisogno vero o presunto, accennato in un giornale od in un congresso, è corrisposto subito un decreto luogotenenziale, e ne è venuta fuori una legislazione affrettata e caotica. Spesso lo stesso ordinamento legislativo è stato modificato o ritoccato più volte, ritornando sulla stessa materia con continui rabberci [...]. [...] si vuole solo rilevare che se a tale opera legislativa fosse presieduta una collaborazione più tecnica, si sarebbero eliminati tanti dubbi e tante difficoltà, e si sarebbe anche potuto fare una notevole economia di carta stampata». Il (triste, ma forse in qualche misura ancora evitabile) paragone con i tempi attuali è lasciato alla sensibilità del lettore. Da ultimo, vorrei citare la similitudine operata da un altro grande giurista (VASSALLI, Filippo). Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato. In *Le prolusioni dei civilisti*, cit., p. 1699): «Chi volga a ricercare con quali effetti l'immane cataclisma della conflagrazione mondiale è passato sugli spiriti e sulle forme del diritto privato, indaga un fenomeno vasto, di movenze tumultuose, senza alcun compatibile precedente, qual'è [sic] costituito dalle miriadi di leggi emanate negli ultimi quattro anni e mezzo [...]: fenomeno il quale ha un nome "legislazione di guerra", non meno per l'intensità, che quasi si assomiglia a quella della fabbricazione di proiettili [...]».

- BURATTI, Andrea. Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte, *diritticomparati.it*, 1 maggio 2020 (<https://www.diritticomparati.it/quale-bilanciamento-tra-i-diritti-nellemergenza-sanitaria-due-recentissime-posizioni-di-marta-cartabia-e-giuseppe-conte/>).
- CAPECCHI, Marco. Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma, *rivistaresponsabilitamedica.it*, 9 aprile 2020 (<http://www.rivistaresponsabilitamedica.it/wp-content/uploads/2020/04/Capecchi-Coronavirus-e-resp-civile.pdf>).
- CARLEO, Roberto. Responsabilità sanitaria e onere della prova: il ruolo della cartella clinica elettronica, *Nuovo dir. civ.*, n. 3/2019.
- CIMBALI, Enrico. *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1885.
- DE MATTEIS, Raffaella. *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova: Cedam, 1995.
- DE MATTEIS, Raffaella. *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*. Milano: Wolters Kluwer, 2017.
- FACCI, Giovanni. COVID-19, medicina delle catastrofi e responsabilità sanitaria, *Giustiziacivile.com*, 6 maggio 2020 (<http://giustiziacivile.com/pdfpage/2268>).
- FACCIOLI, Mirko. COVID-19 e responsabilità civile sanitaria, *Ri.da.re.*, 11 maggio 2020 (<http://ridare.it/articoli/focus/covid-19-e-responsabilit-civile-sanitaria>).
- FACCIOLI, Mirko. *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pisa: Pacini Editore, 2018.
- FERRARA, Francesco. Diritto di guerra e diritto di pace. In *Le prolusioni dei civilisti*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.
- FERRARA, Francesco. Influenza giuridica della guerra nei rapporti civili, *Riv. dir. comm.*, 1915, I.
- FROSINI, Vittorio. Emilio Betti e la teoria generale del diritto, *Rass. dir. civ.*, Napoli, n. 2/1990.
- GALGANO, Francesco. Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 3/1984.
- GENTILI, Aurelio. Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus, *Giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020 (<http://giustiziacivile.com/pdfpage/2265>).
- GIORGI, Chiara. La salute in tempi di emergenza e in tempi di normalità. La traiettoria di una sanità pubblica e universale, *L'antivirus. Dialoghi oltre la quarantena*, 10 aprile 2020 (<http://lantivirus.org/la-salute-in-tempi-di-emergenza-e-in-tempi-di-normalita/>).
- GIOVA, Stefania. Infezione da COVID-19 e responsabilità della struttura sanitaria, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12bis/2020.
- GRONDONA, Mauro. Emilio Betti e la comparazione giuridica: premesse per una discussione. In: BANFI, Antonio; BRUTTI, Massimo; STOLFI, Emanuele (a cura di). *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, Roma: RomaTre-Press, 2020.
- HAZAN, Maurizio; ZORZIT, Daniela. Corona Virus e Responsabilità (medica e sociale), *Ri.da.re.*, 10 marzo 2020 (<http://ridare.it/articoli/focus/corona-virus-e-responsabilit-medica-e-sociale>).
- HAZAN, Maurizio; ZORZIT, Daniela. Covid 19 e sicurezza delle cure: scenari prospettici per una responsabilità in cerca d'autore, *Ri.da.re.*, 6 maggio 2020 (<http://ridare.it/articoli/focus/covid-19-e-sicurezza-delle-cure-scenari-prospettici-una-responsabilit-cerca-dautore>).
- LUCIANI, Massimo. Voce "Salute. I) Diritto alla salute – Dir. cost.", *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma: Istituto poligrafico e zecca dello Stato, 1994.

- MAGGIOLO, Marcello. Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute, *Giustiziacivile.com*, 2 aprile 2020 (<http://giustiziacivile.com/pdfpage/2193>).
- MARCELLO, Daniela. *Prestazione sanitaria e responsabilità civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019.
- MARCHISIO, Emiliano. Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina "difensiva", *Riv. dir. civ.*, n. 1/2020.
- MIGLIACCIO, Emanuela. Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova, *Dir. fam. pers.*, n. 3/2019.
- MONATERI, Pier Giuseppe. Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto, *Riv. dir. civ.*, n. 4/2003.
- MOSCATI, Enrico. Responsabilità sanitaria e teoria generale delle obbligazioni (note minime sui commi 1 e 3, prima frase, art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24), *Riv. dir. civ.*, n. 3/2018.
- NAPOLI, Gaetano Edoardo. La responsabilità sanitaria nel sistema civilistico. Punti fermi e nuove linee di riforma, *Resp. civ. prev.*, n. 1/2017.
- OLIVERI, Luca. Responsabilità medica e COVID-19: prime impressioni, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12bis/2020.
- PARDOLESI, Roberto. Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria. In: VOLPE, Fabrizio (a cura di). *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (legge n. 24/2017)*, Bologna: Zanichelli, 2018.
- PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- PETRINI, Michela. Responsabilità medica e COVID 19, *Giustizia insieme*, 7 maggio 2020 (<https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1067-responsabilita-medica-e-covid-19>).
- PONZANELLI, Giulio. La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da COVID, *Giustiziacivile.com*, 19 maggio 2020 (<http://giustiziacivile.com/pdfpage/2286>).
- SCOGNAMIGLIO, Claudio. L'emergenza COVID-19: quale ruolo per il civilista?, *Giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020 (<http://giustiziacivile.com/pdfpage/2225>).
- SCOGNAMIGLIO, Claudio. La responsabilità sanitaria nel nuovo "diritto vigente": problemi e prospettive. In FACCIOLO, Mirko; TROIANO, Stefano (a cura di). *Risarcimento del danno e assicurazione nella nuova disciplina della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019.
- SGUBBI, Filippo. *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna: Il Mulino, 2019.
- SPAZIANI, Paolo. Carlo Lessona e la responsabilità medica (riflessioni semiserie ispirate da un cattivo oculista che esercitò nell'antica Persia), *Riv. dir. proc.*, n. 1/2020.
- SPREEUWENBERG, Peter; KRONEMAN, Madelon; PAGET, John. Reassessing the Global Mortality Burden of the 1918 Influenza Pandemic (<https://academic.oup.com/aje/article/187/12/2561/5092383>).
- TASCIOTTI, Umberto. *L'errore sanitario*, Roma: Aracne editrice, 2018.
- TAUBENBERGER, Jeffery; MORENS, David. 1918 Influenza: the Mother of All Pandemics (https://wwwnc.cdc.gov/eid/article/12/1/05-0979_article).
- TURCI, Matteo. L'azione diretta del soggetto danneggiato nel quadro della nuova responsabilità sanitaria, *Resp. medica*, n. 4/2019.
- VASSALLI, Filippo. Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato. In *Le prolusioni dei civilisti*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 1: Grundlagen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1984. Trad. it. ad opera di Barbara Pozzo e curata da Adolfo di Majo e Antonio Garbaro: *Introduzione al diritto comparato. Volume 1: Principi fondamentali*, Milano: Giuffrè, 1992.

SITOGRAFIA

“Caso mascherine, la corte dei Conti acquisirà gli atti”

(https://roma.corriere.it/notizie/cronaca/20_aprile_28/caso-mascherine-corte-conti-acquisira-atti-a1d8747e-893b-11ea-8073-abb9eae2ee6.shtml)

“Clinical management of COVID-19” ([https://www.who.int/publications-detail/clinical-management-of-severe-acute-respiratory-infection-when-novel-coronavirus-\(ncov\)-infection-is-suspected](https://www.who.int/publications-detail/clinical-management-of-severe-acute-respiratory-infection-when-novel-coronavirus-(ncov)-infection-is-suspected))

“How many peoples have ever lived?” (<https://www.prb.org/howmanypeoplehaveeverlivedonearth/>)

“Impatto dell’epidemia COVID-19 sulla mortalità totale della popolazione residente – primo quadrimestre 2020” (https://www.istat.it/it/files//2020/06/Rapp_Istat_Iss_3Giugno.pdf)

“La contabilità salata delle mascherine. E una parte dei soldi è diretta alle Cayman”

(<https://www.lastampa.it/topnews/firme/dietro-le-quinte-della-finanza/2020/04/30/news/la-contabilita-salata-delle-mascherine-e-una-parte-dei-soldi-e-diretta-alle-cayman-1.38784342>)

“Linee di indirizzo assistenziali del paziente critico affetto da COVID-19”

(http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_5373_4_file.pdf)

“Mascherine mai arrivate, si indaga su una polizza da 35 milioni della Regione Lazio”

(https://www.corriere.it/cronache/20_maggio_08/05-interni-a6tcorriere-web-sezioni-ab8e298e-90a0-11ea-b981-878bbbd902eb.shtml)

“Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili”

(<http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf>)

<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

Recebido: 18.06.2020

Aprovado: 05.07.2020

Como citar: OLIVERI, Luca. COVID-19: il primo tassello per un (non desiderabile) “effetto domino” sanitario? **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 268-288, maio/ago. 2020.

